

# Noot onder HR 25 mei 2004 met conclusie A.G. Keijzer

Citation for published version (APA):

Klip, A. H. (2005). Noot onder HR 25 mei 2004 met conclusie A.G. Keijzer. *Nederlands Juristenblad*, 2005.

## Document status and date:

Published: 01/01/2005

## Document Version:

Accepted author manuscript (Peer reviewed / editorial board version)

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

Noot onder HR 25 mei 2004, met conclusie AG Keijzer (1500 a 2000 woorden, thans 1805)

1. Keijzer gaat om, maar de Hoge Raad gaat niet mee. Zo zou dit arrest met bijbehorende conclusie kunnen worden samengevat. De AG breekt een lans voor een andere taakverdeling tussen uitleveringsrechter en Minister en vindt dat de rechter ook tot een ontoelaatbaarverklaring zou moeten kunnen komen wegens ernstige dreiging van inbreuk op een mensenrecht. De AG maakt in zijn onderbouwing gebruik van het fraaie proefschrift van A. Smeulers, In staat van uitlevering, Dissertatie Maastricht 2003. AG Wortel karakteriseerde deze conclusie als moedig en dat is zij ook. Immers vroeg hij de Hoge Raad twee belangrijke stappen in één keer te nemen: de bestaande rechtspraak los te laten en de verhouding tussen minister en rechter te herzien. Zie J. Wortel, Keijzer concludeert, Een keuze uit de conclusies van advocaat-generaal Nico Keijzer, Kluwer 2005, p. 11.
2. In wezen draait het om een drietal punten: de strekking van het vertrouwensbeginsel; wie moet beoordelen of een andere staat vertrouwen verdient (minister of rechter)?; wanneer is sprake van een flagrante schending van het EVRM?
3. Welke status dient te worden gegeven aan het vertrouwensbeginsel? In de rechtspraak van de HR is het vertrouwensbeginsel verworden tot een onaantastbaar dogma: er is steeds vertrouwen in de verdragspartners. M.i. miskent dit de wordingsgeschiedenis van het beginsel in samenhang met de gewijzigde omstandigheden van vandaag en de twee elementen van het vertrouwensbeginsel: a) vertrouwen in de rechtsstaat van de wederpartij; b) vertrouwen dat de wederpartij bij de weergave van de feiten van het uitleveringsverzoek op zijn woord kan worden geloofd. Het beginsel is in het begin van de 19<sup>e</sup> eeuw ontwikkeld in de context van het uitleveringsverkeer van toen. In die tijd werden uitleveringsverdragen slechts gesloten op voorwaarde dat er vertrouwen bestond in (het rechtssysteem van) de betreffende staat. Dit toetsmoment bestond enkel bij het sluiten van het verdrag, nadien werd zelden nog nader gekeken of het eerder gegeven vertrouwen nog overeind stond, ook niet als er tussentijd verwerpelijke regieën aan de macht kwamen. Waar vertrouwen destijds in de bilaterale verhouding bij verdragssluiting werd beoordeeld, is deze thans in de moderne multilaterale verdragen wegge gevallen. Nieuwe leden bij de Raad van Europa, ratificeren rechtshulpverdragen zonder dat de vraag van vertrouwen aan de orde komt. Sinds de inwerkingtreding van het EVRM is in het uitleveringsverkeer aan het vertrouwensbeginsel een derde aspect toegevoegd: vertrouwen dat de wederpartij het EVRM, strikt zal naleven. Waar de eerste twee aspecten vooral zien op de tussenstaatse verhouding, legt het derde aspect een claim van de individuele verdachte of veroordeelde op de uitlevering en is een driehoeksverhouding ontstaan. Zie ook Keijzer bij zijn afscheid als AG. Het opstel Goede trouw in het uitleveringsrecht zal eerdaags in Delinkvent verschijnen.
4. Wie moet de beoordeling van eventuele EVRM-schendingen doen: de Minister of de rechter? Eerlijk gezegd vind ik met Keijzer de traditionele opvatting dat de minister betere voorwaarden kan bedingen niet zo sterk (par.11 conclusie). Het berust mede op een wat achterhaalde visie dat het uitleveringsverkeer behoort tot de internationale betrekkingen en dat de regering die natuurlijk het beste vertegenwoordigt. Met het aangaan van verdragsverplichtingen heeft de regering haar discretie zo goed als weggegeven en kan de beoordeling beter aan de rechter worden overgelaten. Ook het argument dat dit tot internationaal-politieke problemen zou kunnen leiden, is niet overtuigend. Van de landen die wel een individuele mensenrechtelijke toets door de rechter voorschrijven, zoals Duitsland, kan niet gezegd worden dat dit belemmerend is voor hun rechtshulpverdragen. Het EVRM zelf zegt over de vraag wie een dergelijke beoordeling zou moeten doen niets. Dat is begrijpelijk omdat de verzekering van de verdragsverplichtingen rust op de staat, onafhankelijk van de vraag of de uitvoerende of de rechterlijke macht handelt.
5. Het criterium van de flagrante inbreuk op enig recht is buitengewoon moeilijk toepasbaar. Debet is hieraan allereerst het feit dat het EHRM nog nooit positief heeft geformuleerd wat het behelst. Er zijn slechts zaken bekend waar het heeft vastgesteld dat in het specifieke geval geen sprake was van zo'n flagrante inbreuk. Dat maakt het voor alle procesdeelnemers erg moeilijk om nu eens vast te stellen of het al dan niet om een flagrante inbreuk gaat. Dat zal ook zo blijven als de HR, zoals in dit arrest, niet nader motiveert aan welke elementen een flagrante inbreuk zou moeten voldoen. Toch zijn er wel enkele aanwijzingen te vinden welke elementen van het recht op een eerlijk proces als de kern gelden. Zo heeft Nederland zich bij het Europees Uitleveringsverdrag voorbehouden niet uit te leveren bij verstekveroordelingen waartegen geen rechtsmiddel meer openstaat "if such extradition might have the effect of subjecting the person claimed to a penalty without his having been enabled to exercise the rights of defence prescribed in Article 6 (3) (c)." Ten tweede gaat het om toekomstige schendingen. Het is buitengewoon lastig aan te tonen dat zich in de toekomst een schending zal voordoen. Tenslotte is ook het karakter van de schending van belang. Waar het bij de artikelen 2 en 3 EVRM gaat om absolute rechten, is het recht op een eerlijk proces niet een absoluut maar een relatief

recht. Het EHRM aanvaardt immers dat een onderdeel van het strafproces niet geheel volgens de regels is uitgevoerd, als de procedure in zijn geheel beoordeeld dat maar wel is. Tekortkomingen in het voorbereidend onderzoek kunnen later worden gerepareerd, niet elk recht ex artikel 6 EVRM hoeft te worden nageleefd. Zie ook Smeulders, p.120. De wijze waarop het EHRM de beoordeling in beginsel verricht, d.w.z. achteraf, verklaart waarom slechts bij hoge uitzondering reeds vooraf kan worden beoordeeld dat er risico is van een flagrante inbreuk van het recht op een eerlijk proces.

6. Noch Keijzer in zijn conclusie, noch Smeulders (in haar noot bij Hof 's-Gravenhage, 20 januari 2005, ter perse) heeft mij overtuigd van het argument dat de totstandkoming van het Kaderbesluit Aanhoudingsbevel tussen de landen van de Europese Unie en de Nederlandse Overleveringswet het verlaten van de traditionele lijn zou kunnen rechtvaardigen. Natuurlijk is het zo dat Nederland in verhouding tot de landen van de EU de minister uit het uitleveringsverkeer heeft weggeschreven en slechts voorziet in een (zij het beperkte) rol van de rechter. Maar dat is binnen de Unie, waarom zou die ontwikkeling dan ook daarbuiten dezelfde gevolgen dienen te hebben? Ook het argument dat artikel 11 Overleveringswet de overleveringsrechter de verplichting oplegt niet over te leveren, indien inwilliging van het verzoek zou leiden tot flagrante schending van het EVRM, valt moeilijk te zien als een bewijs van collectief wantrouwen. Artikel 11 Overleveringswet codificeert slechts een aspect van de bestaande Nederlandse (NB: Niet EHRM) uitleveringsrechtspraak in het nieuwe overleveringsrecht. Wat wel veranderd is, is dat het Kaderbesluit wederzijds vertrouwen verordonneert (preambule overweging 10 en artikel 1 lid 2 KdB).
7. De vraag rijst echter of die toets van het gevaar van flagrante schending van artikel 6, zoals deze in de rechtspraak van de Hoge Raad al jaren bestaat, dwingend uit het EVRM voortvloeit. Ik meen dat zulks niet het geval is, doch dat het EVRM zich er ook niet tegen verzet. In de rechtspraak van het EHRM en voorheen de ECRM over de betekenis van het EVRM in het uitleveringsverkeer is steeds consequent uitgegaan van de verplichtingen die uit het EVRM voortvloeien. Andere verplichtingen zijn in die rechtspraak niet genegeerd, maar het EHRM is nu eenmaal enkel bevoegd de reikwijdte van de EVRM-verplichtingen vast te stellen. Naar mijn inschatting zijn twee onderscheiden die in de EVRM-rechtspraak zijn af te leiden in de Nederlandse rechtspraak niet onderkend. Zie voorts mijn Die EMRK und die internationale Zusammenarbeit in Strafsachen, in: Joachim Renzikowski, Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht, Schulthess 2004, p.139-141. Het eerste betreft de vraag of het bij de potentiële schending van het EVRM gaat om absolute of relatieve rechten. Het tweede betreft de vraag of de uitlevering vragende partij zelf partij is bij het EVRM. Ten aanzien van absolute verdragsrechten (artikel 2 en 3 EVRM) laat het EVRM geen enkel risico toe, onafhankelijk van de vraag of de andere staat EVRM-staat is of niet. Ten aanzien van relatieve rechten ligt dat anders. Bij EVRM-staten mag er immers vanuit gegaan worden dat zij voorzien in mechanisme ter voorkoming van schending van het recht op een eerlijk proces en als dat niet lukt in compenserende maatregelen en de mogelijkheid de EVRM-schending aan de orde te stellen (art.13 EVRM). Het EVRM gaat uit van "collective enforcement" van verdragsrechten onder de gezamenlijke rechtsmacht van de partijstaten (preambule en artikel 1 EVRM). Het gaat om een gezamenlijke verantwoordelijkheid, niet een van Nederland alleen. Als de toestand in een EVRM-staat zo ernstig dat die staat zijn deel van die verantwoordelijkheid niet waar kan maken, moet Nederland dat waarnemen en zal een statenklacht moeten worden ingediend. Ook de Europese Unie voorziet in een dergelijk mechanisme (zie artikel 7 juncto 6 Verdrag betreffende de Europese Unie). Wat betreft de vraag of een staat EVRM-staat is, is van belang vast te stellen dat het EHRM zijn argumentatie daarmee start. Zie bijv. EHRM, 18 april 2002, 72032/01, Aronica tegen Duitsland, par.2: "The Court also notes that in the present case the extradition is to a State Party to the Convention." De gehele rechtspraak inzake het flagrant denial-criterium gaat over zaken waarbij uitlevering werd gevraagd door een staat die geen EVRM-staat was. In die zaken is dat aan de orde omdat vanwege het feit dat de staat geen partij is bij het EVRM, niet op voorhand gegarandeerd is dat EVRM-rechten zullen worden gerespecteerd. De toets is marginaal (alleen flagrante potentiële schendingen) omdat een volledige toets zou betekenen dat de facto de EVRM-verplichtingen worden opgelegd aan een staat die daaraan niet gebonden is en omdat zulks het uitleveringsverkeer zou kunnen lamleggen. Ten aanzien van niet-verdragsstaten bestaat derhalve een "restverantwoordelijkheid". Vgl. de opvatting van de regering over de EVRM-verantwoordelijkheid van Nederland voor het optreden van het Internationaal Strafhof, Kamerstukken II, 2001-2002, 28098 (R 1704) en 28098, nr.12, p.21.
8. Slotsom is dat ik met Keijzer meen dat thans de beoordeling van het vertrouwen dat in de uitlevering vragende staat kan worden gesteld in de uitleveringsprocedure aan de orde moet komen en dat de rechter die beoordeling dient te verrichten. De omvang daarvan is naar verwachting beperkt, omdat anders dan in de huidige rechtspraak onderscheid gemaakt dient te worden tussen absolute en relatieve rechten, alsmede tussen EVRM-staten en andere landen. Ik zie daarvoor ook steun in de keuze die in de Grondwet voor Europa is gemaakt. Ten aanzien van absolute rechten geldt ten

opzichte van alle staten ter wereld het bepaalde in artikel II-97 lid 2: “Niemand mag worden verwijderd of uitgezet naar, dan wel worden uitgeleverd aan een staat waar een ernstig risico bestaat dat hij aan de doodstraf, aan folteringen of aan andere onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen wordt onderworpen” (Trb. 2004, 275).

A.H. Klip